

## Tilburg University

### Commentaar op Artikel 21 van de Grondwet

Fleurke, F.M.

*Publication date:*  
2014

*Document Version*  
Early version, also known as pre-print

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Fleurke, F. M. (null). (2014). Commentaar op Artikel 21 van de Grondwet., .

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# **DE GRONDWET**

## **ARTIKEL 21 - MILIEUBESCHERMING**

De zorg van de overheid is gericht op de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu.

## **WETENSCHAPPELIJK COMMENTAAR**

### **F. FLEURKE**

## **INHOUDSOPGAVE**

1. Historische ontwikkeling
2. Betekenis van artikel 21 voor de wetgever
3. Rechterlijke toetsing artikel 21
4. Het grondrecht betreffende de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu en het EU recht
5. Het grondrecht betreffende de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu in de rechtspraak van het EHRM
6. De EU, het EVRM en artikel 21 Grondwet
7. Jurisprudentie
8. Literatuur
9. Historische versies

**Editie februari 2014<sup>[1]</sup>**

## **1. HISTORISCHE ONTWIKKELING**

Het sociale grondrecht betreffende de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu is sinds 1983 opgenomen in de Nederlandse Grondwet. Dat de zorg voor en om het milieu in de grondwet werd verankerd kan vooral worden beschouwd als een intentieverklaring van de overheid om rekening te houden met het milieu in haar beleid. Niet onbelangrijk in een land dat voor een groot deel onder de zeespiegel ligt.

Zoals zal blijken uit onderstaand commentaar heeft het neerleggen van het recht op een schoon milieu echter niet geleid tot een inroepbaar recht in de Nederlandse jurisprudentie. Het was ook nooit de bedoeling met de invoering van artikel 21 Grondwet een afdwingbaar recht in het leven te roepen. De grondwetgever overwoog dat alleen in zeer uitzonderlijke gevallen de rechter zou kunnen concluderen dat een besluit onverbindend zou kunnen worden verklaard wegens strijd met deze bepaling.<sup>[2]</sup> Het verbaast dan ook niet dat het artikel zonder veel debat in de Staten-Generaal werd aangenomen.

In dit verband verwees Verschuuren in de derde druk van dit commentaar naar het jarenlange en rijke debat dat in Duitsland over het grondrecht op een schoon milieu werd gevoerd, waar het als staatsdoel geformuleerde artikel 20a<sup>[3]</sup> in 1994 in het Grundgesetz werd opgenomen.<sup>[4]</sup> De conclusie die uit het Duitse debat kan worden getrokken is heel duidelijk, aldus Verschuuren: uit de bepaling zijn, behalve een algemene inspanningsverplichting voor de wetgever, ook concrete, in rechte

afdwingbare, verplichtingen af te leiden, zoals de verplichting voor bestuursorganen om te kiezen voor de minst milieubelastende alternatieven en een verzwaarde motiveringsplicht voor besluiten die het milieu aantasten.<sup>[5]</sup> Uit de grondwetsgeschiedenis hier te lande valt op te maken dat in Nederland de enige betekenis van het grondwetsartikel 21, zoals bij alle sociale grondrechten, gelegen is in de bescherming tegen intrekking van bestaande (milieu)wetgeving en tegen verlaging van het bestaande beschermingsniveau.<sup>[6]</sup> Hiermee wordt gedoeld op het stand-still beginsel dat in het Nederlandse milieurecht geldt voor milieukwaliteitseisen, maar ook meer in het algemeen wordt gehanteerd bij het handhaven van mensenrechten.<sup>[7]</sup> Het beginsel komt erop neer dat in het geval de feitelijke milieukwaliteit beter is dan de eisen die zijn opgenomen in de wetgeving, de feitelijke milieukwaliteit niet achteruit mag gaan.

Het Grondwettelijk Hof van België definieerde het beginsel als het verbod om ‘maatregelen te nemen die een aanzienlijke achteruitgang zouden betekenen (...) maar zij ontzegt hun (de wetgever) niet de bevoegdheid om te oordelen hoe dat recht op de meest adequate wijze zou worden gewaarborgd’.<sup>[8]</sup>

Artikel 21 Gw bevat een aantal kernbegrippen. Aanvankelijk sprak de Staatscommissie-Cals/Donner in haar eerste voorstel nog over ‘leefbaarheid’, een term die in het uiteindelijke voorstel van de regering is vervangen door de termen ‘bewoonbaarheid’ en ‘leefmilieu’, waardoor beter wordt aangegeven dat het gaat om milieubescherming in de meest ruime zin.<sup>[9]</sup> Het grondrecht karakter zit in de onderliggende gedachte dat de burgers aanspraak hebben op een land waarvan de bewoonbaarheid van hoge kwaliteit is, alsmede op een goed leefmilieu. Het artikel heeft daarmee een duidelijk antropocentrisch karakter. Opvallend is daarom dat begrippen als ‘toekomstige generaties’ en ‘duurzame ontwikkeling’ ontbreken. Het begrip ‘de bewoonbaarheid van het land’ is een breed begrip waaronder uiteraard waterbeheer valt, maar ook een evenwichtige planologische ordening, het aanleggen van infrastructurele voorzieningen voor verkeer, industrie, wonen en recreatie en het behoud van het stedelijk en landschappelijk schoon.<sup>[10]</sup> Het tweede kernelement, ‘verbetering en bescherming van het leefmilieu’, is eveneens een open begrip dat ziet op bescherming van mens en milieu.

Hoewel beide kernbegrippen zeker raakvlakken hebben, bijvoorbeeld op het gebied van planologische ontwikkeling, is het duidelijk dat zij ook direct conflicterend kunnen zijn. Zo valt uit jurisprudentie af te leiden dat het verhogen van dijken (t.b.v. de bewoonbaarheid van het land) negatieve gevolgen kan hebben voor beschermde natuurgebieden (die eveneens onder het begrip ‘leefmilieu’ vallen).<sup>[11]</sup> In dergelijke gevallen verplicht het grondrecht de overheid te streven naar waterbeheerbeleid dat ecologisch inpasbaar is.<sup>[12]</sup> Tijdens de grondwetsbehandeling was men zich van deze spanning bewust, maar zag men het als een taak van de politiek om in het concrete geval een afweging te maken, zoals dat ook geldt voor andere situaties waarin grondrechten met elkaar botsen.<sup>[13]</sup>

In 2006 werd een initiatiefwetsvoorstel ingediend om artikel 21 Gw uit te breiden met een zorgplicht voor het welzijn van dieren.<sup>[14]</sup> Blijkens de toelichting beogen de voorstellers hiermee het belang van het dier en de eigen intrinsieke waarde van dieren in de Grondwet vast te leggen. De toelichting op het voorstel gaat echter verder door te spreken in termen van ‘rechten van dieren’, waarmee de toevoeging aan het artikel niet als een mensenrecht maar als een ‘grondrecht van

dieren' wordt voorgesteld. De Raad van State wijst er in haar advies over dit wetsvoorstel op dat dieren naar huidige rechtsopvatting geen dragers van rechten in juridische zin, geen rechtssubjecten kunnen zijn; zij zijn rechtsobject.<sup>[15]</sup> Waar het vooral op aankomt, zo meent de Raad, is dat de wetgever de nodige regels stelt en dat de naleving daarvan wordt verzekerd door effectieve uitvoering en handhaving. 'Wijziging van de Grondwet is daarvoor niet direct nodig noch direct behulpzaam; een zorgplichtbepaling in de Grondwet brengt als zodanig nog geen verandering in de bestaande rechten en plichten.' Hiermee lijkt de Raad van State de instructiewaarde van artikel 21 in het bijzonder en de instructiewaarde van andere zorgplichten in de Grondwet in het algemeen enigszins te bagatelliseren.

## **2. BETEKENIS VAN ARTIKEL 21 VOOR DE WETGEVER**

De sociale grondrechten ofwel solidariteitsrechten hebben een gemengd karakter. Zij worden enerzijds tot de grondrechten gerekend in zoverre ze betrekking hebben op fundamentele belangen van de burgers, belangen waarvan de noodzaak van behartiging door de overheid zo wezenlijk wordt geacht dat de Grondwet er uitdrukkelijk op wijst. Ze hebben als het ware een proclamerende waarde. Anderzijds hebben de sociale grondrechten zoals geformuleerd in de Grondwet vooral het karakter van instructienormen voor de overheid. Artikel 21 Gw - de zorg van de overheid voor de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu - is hiervan een duidelijk voorbeeld. Interessant in dit verband is dat de Grondwet expliciet spreekt over 'bescherming én verbetering' van het milieu. De laatste term gaat een stuk verder dan de gebruikelijke opdracht tot het nemen van een preventieve maatregel. Gesteld kan dan ook worden dat het artikel een actieve zorgplicht voor de overheid in zich bergt om een actief milieubeleid te voeren.<sup>[16]</sup> Met andere woorden, artikel 21 van de Grondwet heeft de tweeledige betekenis van proclamatie en doelregulering.

De crux is uiteraard het toetsingsverbod van artikel 120 Gw waardoor het niet tot een daadwerkelijke toetsing van formele wetgeving aan artikel 21 Gw kan komen.<sup>[17]</sup> In de literatuur wordt aan deze wetgevende activiteit een drietal eisen gesteld.<sup>[18]</sup> De wetgever moet ervoor zorgen dat milieubelangen een voldoende gewicht toebedeeld wordt in de besluitvorming, waarbij rekening wordt gehouden met de intrinsieke waarde van natuur en milieu; wetgeving moet procedurele waarborgen garanderen, zoals inspraak en rechtsbescherming voor een ieder die wil opkomen voor het milieubelang; de wetgever mag geen verslechtering van de bescherming van het milieu in de hand werken door bijvoorbeeld wetgeving in te trekken of te vervangen door minder beschermende regelgeving. Zoals nog hieronder zal blijken heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) voor een belangrijk deel invulling gegeven aan wat er redelijkerwijs verwacht mag worden van de Staat.

Een groot aantal wetten en bepalingen geeft de zogenoemde 'actieve' zorgplicht gestalte, en dan met name het doelreguleringselement, zoals bijvoorbeeld artikel 1.1a, eerste lid, Wet milieubeheer waarin een zorgplicht voor het milieu voor een ieder is vastgesteld. Nieuwenhuis merkt terecht op dat de veelheid van milieuwetgeving de betekenis van artikel 21 Gw relateert; de rechter zal daarom toetsen aan de desbetreffende wetgeving. Opvallend is dat in consideransen en de Memories van Toelichting nauwelijks wordt verwezen naar artikel 21 Gw. Bestuursorganen verwijzen wel

naar artikel 21, zij het zeer sporadisch: ze komen vooral voor in beleidsnotities zoals het nationale milieubeleidsplan.<sup>[19]</sup>

### 3. RECHTERLIJKE TOETSING ARTIKEL 21

Hoewel de jurisprudentie over artikel 21 Gw zeer beperkt is kunnen er grofweg drie categorieën van procedures worden onderscheiden waar artikel 21 wordt opgeworpen door partijen in het geding. De eerste betreft een procedure waarin lagere wetgeving ter discussie staat en er wordt gesteld dat deze regeling in strijd is met artikel 21 Gw.<sup>[20]</sup> De tweede categorie betreft zaken waarin de Staat zelf een beroep doet op de bepaling om een bevoegdheid van de overheid tegenover de burger te legitimeren, bijvoorbeeld ter beperking van een grondrecht als het eigendomsrecht.<sup>[21]</sup> De derde categorie betreft het geval waarin de rechter door burgers wordt gevraagd overheidshandelen of het nalaten van handelen te toetsen aan artikel 21.<sup>[22]</sup> Uit de geringe jurisprudentie is duidelijk op te maken dat artikel 21 Gw geen afdwingbare norm bevat, zoals al reeds is opgemerkt in de Memorie van Toelichting:

*In de redacties waarbij opdrachten worden gegeven aan de wetgever of de overheid is een ruime marge vervat voor de tot regeling of zorg geroepen organen. De ruime beleidsmarge die deze bepalingen inhouden voor de wetgevende en besturende organen maakt dat zij zich niet of nauwelijks tot toetsingscriterium lenen. Het moet wel zeer uitzonderlijk geval zijn, wil de rechter tot de slotsom komen dat het hem voorgelegde besluit van een lager lichaam onverbindend is wegens strijd met een der bepalingen inzake sociale rechten.*<sup>[23]</sup>

Indien de bepaling wordt opgeworpen door partijen bij de administratieve of de burgerlijke rechter overweegt de rechter in de regel ‘dat er niet is gebleken van bijzondere omstandigheden die ertoe moeten leiden dat de bestreden besluiten voor rechtstreekse toetsing in aanmerking komen’.<sup>[24]</sup>

In een zaak waar het ging om schade vanwege een hoge grondwaterstand was de rechtbank van mening dat de maatregelen die de gemeente had genomen, ‘bezien in het licht van artikel 21 van de Grondwet’ geen onredelijke invulling te zien gaf van de autonomie die de gemeente op grond van de Gemeentewet toekomt.<sup>[25]</sup> Verschuuren spreekt in dit verband dan ook van een vangnetfunctie. Illustratief in dit verband is het het Benckiser-arrest. Het ging hier om de vraag of de Staat in kort geding kon vorderen dat diverse partijen illegaal gedumpt chemisch afval door het verantwoordelijke bedrijf zelf verwijderd zouden worden. Het Hof wijst de vordering toe, daarin gesteund door de Hoge Raad, mede omdat artikel 21 Gw bepaalt dat de overheid zich de zorg voor het milieu dient aan te trekken en er in casu geen publiekrechtelijke wegen openstonden waarmee een vergelijkbaar resultaat had kunnen worden behaald.<sup>[26]</sup>

De nationale rechter toetst wél - in navolging van het EHRM - regelmatig aan de artikelen 2 en 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).<sup>[27]</sup> Zo oordeelde het Gerechtshof in Amsterdam bijvoorbeeld dat de burgerlijke rechter diende te beoordelen of door het ontbreken van wetgeving in formele zin een inbreuk werd gemaakt op artikel 2 of 8 (het recht op privacy en gezinsleven) en 2 (recht op leven) EVRM om zodoende te kunnen beoordelen of de Staat onrechtmatig gehandeld had.<sup>[28]</sup>

Interessant is dat er in het EVRM geen verwijzing naar het begrip ‘milieu’ is opgenomen. Toch heeft, zoals hieronder zal worden besproken, juist het Hof in Straatsburg een interessante jurisprudentie ontwikkeld op basis van de artikelen 8 en 2 en in bepaalde gevallen positieve verplichtingen geconstrueerd om milieuvervuiling tegen te gaan of te voorkomen.

Meer in het algemeen moet de uitleg van artikel 21 Gw, gezien de voorrang van het EU recht, uiteraard allereerst in overeenstemming met het relevante EU recht geschieden. In dat opzicht is een aantal korte overwegingen van algemene aard van belang die in het volgende onderdeel besproken zullen worden.

#### **4. HET GRONDRECHT BETREFFENDE DE BEWOONBAARHEID VAN HET LAND EN DE BESCHERMING EN VERBETERING VAN HET LEEFMILIEU EN HET EU RECHT**

De waarden waarop de Europese Unie berust zijn in artikel 2 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) aldus verwoord:

*.... eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden behoren. Deze waarden hebben de lidstaten gemeen in een samenleving die gekenmerkt wordt door pluralisme, non-discriminatie, verdraagzaamheid, rechtvaardigheid, solidariteit en gelijkheid van vrouwen en mannen.*

Het is in deze moderne tijd waarin de kwetsbaarheid van het milieu inmiddels al weer enige tientallen jaren een punt van mondiale zorg is geworden allerm minst vanzelfsprekend dat artikel 2 geen zelfstandige plaats inruimt voor respect voor het milieu, maar slechts in algemene zin refereert aan ‘de mensenrechten’. Artikel 6, eerste lid, VEU erkent in dat laatste opzicht de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft. Artikel 37 van het Handvest wordt geduid als een ‘solidariteitsrecht’, en is als volgt geformuleerd:<sup>[29]</sup>

*Een hoog niveau van milieubescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu moeten worden geïntegreerd in het beleid van de Unie en worden gewaarborgd overeenkomstig het beginsel van duurzame ontwikkeling*

Artikel 3, derde lid, VEU instrueert de Unie inderdaad zich (samen met de lidstaten)<sup>[30]</sup> in te zetten voor een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu. Artikel 191, eerste lid, Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) verklaart het ‘behoud, bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu’ tot kerndoelstelling van het EU milieubeleid, maar die opgave moet worden geïnterpreteerd in het licht van het daarop direct volgende doel van de ‘bescherming van de gezondheid van de mens’. De antropocentrische opdracht van de milieuwetgever wordt ook duidelijk in het derde lid, dat immers stelt dat rekening moet worden gehouden met ‘de voordelen en lasten die kunnen voortvloeien uit optreden, onderscheidenlijk niet-optreden’. Dit komt neer op een proportionaliteitstoets die, zoals hierna ook

uit de jurisprudentie zal blijken, meer in het algemeen typerend is voor het mensenrecht op een leefbaar milieu en een discretionaire bevoegdheid voor wetgevers impliceert. De verwijzing in artikel 37 van het Handvest naar ‘het beginsel van duurzame ontwikkeling’ betekent daarbij echter wel dat de EU hierbij niet alleen met huidige, maar ook met toekomstige generaties van burgers rekening heeft te houden.

## **5. HET GRONDRECHT BETREFFENDE DE BEWOONBAARHEID VAN HET LAND EN DE BESCHERMING EN VERBETERING VAN HET LEEFMILIEU IN DE RECHTSPRAAK VAN HET EHRM**

Allereerst wordt uit de rechtspraak van het EHRM duidelijk dat milieurechten tot een tweeledige statelijke verplichting aanleiding geven. Staten hebben ‘negatieve verplichtingen’, in de zin dat ze zich ter bescherming van eerste generatie vrijheidsrechten (in het bijzonder het recht op privacy en gezinsleven opgenomen in artikel 8 EVRM,<sup>[31]</sup> maar ook het eigendomsrecht van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM<sup>[32]</sup> en het recht op leven van artikel 2 EVRM) hebben te onthouden van bepaalde handelingen. ‘Positieve verplichtingen’ van staten bestaan dan uit het nemen van adequate maatregelen teneinde ernstige milieuschade te voorkomen of te beëindigen,<sup>[33]</sup> en vloeien tevens voort uit verschillende procedurele rechten met betrekking tot het milieu.<sup>[34]</sup>

Ten tweede kan uit de rechtspraak van het EHRM worden afgeleid dat verplichtingen die voortvloeien uit het sociale grondrecht op een leefbaar milieu private actoren direct kunnen regaderen, en dus niet zoals een klassieke opvatting zou kunnen doen vermoeden enkel staten.<sup>[35]</sup> Hoewel voor het realiseren van het recht evident van het allergrootste belang, is deze implicatie van de jurisprudentie in die zin opmerkelijk dat een letterlijke interpretatie van de tekst van het EVRM zich lijkt te verzetten tegen het direct opleggen van mensenrechtenverplichtingen aan private actoren.<sup>[36]</sup> Of dergelijke directe verplichtingen voor private partijen (in het bijzonder bedrijven) daadwerkelijk bestaan blijft betwist, maar het Hof lijkt in ieder geval niet geheel wars van die gedachte.<sup>[37]</sup> Het is echter hoe dan ook mogelijk dat staten zelf verantwoordelijk worden gehouden voor de acties van bedrijven. In een rapport uit van de Special Representative of the Secretary General over het onderwerp wordt hierover gesteld:

*Indeed, where companies are owned by and/or act as mere State agents, the State itself may be held legally responsible for such entities’ wrongful acts.*<sup>[38]</sup>

In deze gevallen, waar de handelingen van een bedrijf dus direct aan de staat worden toegerekend, rijzen directe negatieve verplichtingen voor de staat zelf, in de zin dat ze zich dient te onthouden van handelingen die het recht op een leefbaar milieu schenden. Positieve verplichtingen bestaan voor de staat in die zin dat de staat wordt geacht alle redelijkerwijs mogelijke maatregelen te nemen om schendingen van het recht op een leefbaar milieu door bedrijven te voorkomen of te beëindigen. In *Fadeyeva v Russia* wees het Hof erop dat:

*(...) the State’s responsibility in environmental cases may arise from a failure to regulate private industry. Accordingly, the applicant’s complaints fall to be analysed in terms of a positive duty on*

*the State to take reasonable and appropriate measures to secure the applicant's rights under Article 8(1) of the Convention. ...*

Het Hof oordeelde in deze zaak aldus dat indien het bevoegde gezag de mogelijkheid heeft om noodzakelijke maatregelen te nemen (bijv. d.m.v. vergunningverlening) om schendingen op een leefbaar milieu te beperken of te voorkomen dit een positieve verplichting in de zin van artikel 8 EVRM oplevert.<sup>[39]</sup>

Het is zonder meer duidelijk dat de staat die zich geconfronteerd ziet met de positieveverplichting om op te treden tegen schendingen van het recht op een leefbaar milieu (door een bedrijf of publiek orgaan) daarbij een grotere beleidsvrijheid geniet, dan de staat waarop een negatieve verplichting rust een einde te maken aan wat rechtens wordt aangemerkt als haar eigen schending. In die zin is het onderscheid tussen negatieve en positieve verplichtingen die voortvloeien uit de handelingen van (staats)bedrijven dan ook van groot belang.<sup>[40]</sup>

Niettemin bestaat geen eenvoudig of eenduidig criterium waardoor het mogelijk wordt een heldere scheidslijn aan te brengen tussen 'staatsbedrijven' (waarvoor negatieve statelijke verplichtingen kunnen gelden) en bedrijven waarvan het handelen niet aan de staat kan worden toegerekend (waaraan positieve verplichtingen kunnen zijn verbonden). Het EHRM boog zich over dit onderscheid in *Yershova*, waar het stelde:

*In deciding whether the municipal company's acts or omissions are attributable under the Convention to the municipal authority concerned, the Court will have regard to such factors as the company's legal status, the rights that such status gives it, the nature of the activity it carries out and the context in which it is carried out, and the degree of its independence from the authorities. The Court will notably have to consider whether the company enjoyed sufficient institutional and operational independence from the State to absolve the latter from its responsibility under the Convention for its acts and omissions.*<sup>[40]</sup>

De voor de toerekeningsvraag uiteraard cruciale begrippen 'staat' en 'staatsorgaan' zijn door het EHRM in een reeks zaken functioneel en contextueel geïnterpreteerd,<sup>[42]</sup> op een wijze die doet denken aan de teleologische uitleg van het begrip 'staat' door het Europese Hof van Justitie in de zaak *Foster v British Gas*.<sup>[43]</sup>

Zoals hierboven werd gepreciseerd ontslaat het feit dat een gedraging van een bedrijf (of particulier) niet aan de staat kan worden toegerekend diezelfde staat nog niet van de positieve verplichting alles wat redelijkerwijs mogelijk is in het werk te stellen om inbreuken van dat bedrijf op (milieu)mensenrechten:

- (a) te voorkomen (door middel van materiële wetgeving zoals vergunningstelsels, en door middel van procedurele waarborgen die transparantie en participatie van en in milieubesluitvorming garanderen)<sup>[44]</sup> en;
- (b) te beëindigen (door middel van effectieve handhaving).

De uitspraak van het EHRM's in *Guerra* is in dit opzicht van fundamenteel belang:



*The Court considers that Italy cannot be said to have ‘interfered’ with the applicants’ private or family life; they complained not of an act by the State but of its failure to act. However, although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference; in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in the effective respect for private or family life.<sup>[45]</sup>*

Wat betreft de reikwijdte van deze inspanningsverplichting van de staat moeten er uiteraard redelijkerwijs grenzen bestaan. Die grenzen werden in algemene bewoordingen geaccepteerd in Appleby:

*In determining whether or not a positive obligation exists, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the general interest of the community and the interests of the individual, the search for which is inherent throughout the Convention. The scope of this obligation will inevitably vary, having regard to the diversity of situations obtaining in Contracting States and the choices which must be made in terms of priorities and resources. Nor must such an obligation be interpreted in such a way as to impose an impossible or disproportionate burden on the authorities.<sup>[46]</sup>*

Uiteraard blijft de vraag wat ‘redelijkerwijs’ van een staat verwacht mag worden bij het vervullen van haar positieve verplichtingen moeilijk in absolute zin te beantwoorden. De uitspraak van het EHRM in Oneryildiz maakt dan ook duidelijk dat de intensiteit van die inspanningsverplichting inderdaad context-afhankelijk is. Gaat het bijvoorbeeld om zeer gevaarlijke activiteiten, zoals afvalverwerking in het onderhavige geval, dan zal ook de verantwoordelijkheid van de staat om de artikelen 2 en 8 van het EVRM met handelend optreden te beschermen toenemen:

*The positive obligation on States to take appropriate steps to safeguard the lives of those within their jurisdiction ... must be construed as applying in the context of any activity, whether public or not, in which the right to life may be at stake, and a fortiori in the case of industrial activities, which by their very nature are dangerous, such as the operation of waste-collection sites. ... The positive obligation to take all appropriate steps to safeguard life for the purposes of Article 2 entails above all a primary duty on the State to put in place a legislative and administrative framework designed to provide effective deterrence against threats to the right to life. This obligation indisputably applies in the particular context of dangerous activities, where, in addition, special emphasis must be placed on regulations geared to the special features of the activity in question, particularly with regard to the level of the potential risk to human lives. They must govern the licensing, setting up, operation, security and supervision of the activity and must make it compulsory for all those concerned to take practical measures to ensure the effective protection of citizens whose lives might be endangered by the inherent risks.<sup>[47]</sup>*

Het EHRM verwijst als het gaat om het verrichten van gevaarlijke activiteiten en het continueren daarvan expliciet naar het voorzorgbeginsel, zonder daarvan een definitie te geven.<sup>[48]</sup>

Verder oordeelde het EHRM dat de discretionaire bevoegdheid van de staat afneemt naarmate het recht dat in geding is een gevoeliger aspect van het recht op privacy betreft.<sup>[49]</sup> Uiteraard resulteert

ook niet-nakoming van nationale wetgeving door publieke autoriteiten in een belangrijke inperking van de discretionaire bevoegdheid.<sup>[50]</sup>

Naast deze positieve verplichtingen van een inhoudelijke/materiële aard kenmerkt het recht op een leefbaar milieu, wellicht meer nog dan andere mensenrechten, zich door een stelsel van positieve statelijke procedurele plichten dat burgers garandeert geïnformeerd te zijn en te blijven over hun leefmilieu, op verschillende wijzen te participeren in milieubesluitvorming en toegang te kunnen krijgen tot een onafhankelijke rechter in geval van een conflict. Het EHRM heeft het belang van deze procedurele plichten in een aantal zaken beklemtoond.<sup>[51]</sup> Een heldere uiteenzetting van het belang van deze procedurele plichten en hun relatie tot artikel 8 EVRM geeft het EHRM in Taskin, waar het risicovolle gebruik van cyanide bij het winnen van goud werd betwist:<sup>[52]</sup>

*The Court reiterates that, according to its settled case law, whilst Article 8 contains no explicit procedural requirements, the decision-making process leading to measures of interference must be fair and such as to afford due respect for the interests of the individual as safeguarded by Article 8. It is therefore necessary to consider all the procedural aspects, including the type of policy or decision involved, the extent to which the views of individuals were taken into account throughout the decision-making process, and the procedural safeguards available.*

Het EHRM gebruikte Taskin ook om te wijzen op de noodzaak milieubesluitvorming te baseren op een degelijke risico-analyses,<sup>[53]</sup> en de omstandigheid dat, wanneer een voorafgaande milieueffectenrapportage uitwijst dat burgers een gerede kans lopen blootgesteld te worden aan gevaarlijke effecten als gevolg van een activiteit, artikel 8 EVRM in het geding is, ook indien het gevaar zich pas over een termijn van decennia zal voordoen.<sup>[54]</sup>

Zoals is gebleken uit deze jurisprudentiezijn staten, als onderdeel van hun positieve verplichtingen die voortvloeien uit milieugrondrechten, ook verplicht het (nationale) milieurecht te handhaven en een einde te maken aan zowel publieke als private inbreuken op het milieurecht. In Oneryildiz formuleerde het EHRM deze plichten ondubbelzinnig en alomvattend:

*where lives have been lost in circumstances potentially engaging the responsibility of the State, [Article 2] entails a duty for the State to ensure, by all means at its disposal, an adequate response – judicial or otherwise – so that the legislative and administrative framework set up to protect the right to life is properly implemented and any breaches of that right are repressed and punished. (...) The judicial system required by Article 2 must make provision for an independent and impartial official investigation procedure that satisfies certain minimum standards as to effectiveness and is capable of ensuring that criminal penalties are applied where lives are lost as the result of dangerous activities if and to the extent that this is justified by the findings of the investigation. In such cases, the competent authorities must act with exemplary diligence and promptness and must of their own motion initiate investigations capable of, firstly, ascertaining the circumstances in which the incident took place and any shortcomings in the operation of the regulatory system and, secondly, identifying the State officials or authorities involved in whatever capacity in the chain of events in issue.<sup>[55]</sup> (...) The national courts should not under any circumstances be prepared to allow life endangering offences to go unpunished. This is essential for maintaining public confidence and ensuring adherence to the rule of law and for preventing any*

*appearance of tolerance of or collusion in unlawful acts. The Court's task therefore consists in reviewing whether and to what extent the courts, in reaching their conclusion, may be deemed to have submitted the case to the careful scrutiny required by Article 2 of the Convention, so that the deterrent effect of the judicial system in place and the significance of the role it is required to play in preventing violations of the right to life are not undermined.*<sup>[56]</sup>

## **6. DE EU, HET EVRM EN ARTIKEL 21 GRONDWET**

Bovenstaande beknopte analyse geeft aanleiding tot de stelling dat het EU recht en het EVRM het grondrecht betreffende de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu dat wordt beschermd in artikel 21 Grondwet zowel ondersteunen als nader concretiseren.

De onderlinge verhouding tussen het EU recht en het EVRM is, in ieder geval op het gebied dat wordt beslagen door artikel 21 Gw, evenmin problematisch te noemen, omdat een grote mate van convergentie tussen beide systemen bestaat. De positieve statelijke verplichting die voortvloeit uit de rechtspraak van het EHRM om door middel van een actief materieelrechtelijk milieurecht het grondrecht op een leefbaar milieu in acht te nemen is in het EU recht verankerd in artikel 191 VWEU e.v., en resulteerde in een omvangrijk corpus EU milieurecht. Daarnaast doet het EU milieurecht recht aan het vereiste dat staten zorg hebben te dragen voor procedurele garanties die burgers in staat stellen over het milieu te worden geïnformeerd en geconsulteerd, met als ultieme garantie de verzekering van toegang tot een onafhankelijke rechter. Tenslotte kan worden opgemerkt dat de EU haar lidstaten verplicht het EU milieurecht door middel van effectieve en voldoende afschrikkende sancties te handhaven, en daarbij geen onderscheid te maken tussen inbreuken begaan door private partijen dan wel door publieke organen. Hiermee wordt artikel 21 Gw ingebed in een dynamische en ondersteunende internationaal juridische context, waarmee haar belang in de toekomst naar alle waarschijnlijkheid eerder zal toe- dan afnemen.

## **7. JURISPRUDENTIE**

Nederland:

- ABRvS 13 november 2013, 201301168/R1
- Rechtbank Utrecht 30 november 2012, SBR 12/2311
- ABRvS 19 september 2012, 201103950/1/A4
- Gerechtshof Amsterdam 25 oktober 2007, LJN BB6504
- HR 21 maart 2003 NJ2003, 691 (Waterpakt)
- ABRvS 27-03-2002, nr. 200003011/2, nr. 200103587/1.
- Rb. Almelo 6 december 1995, NJ 1996, 723.
- Pres. Rb. Rotterdam 16 augustus 1989, M en R 1989, nr. 75, m.nt. Gerritzen-Rode.
- HR 14 april 1989, AB 1989, 486, m.nt. Kleijs-Wijn Nobel.
- Hof 's-Gravenhage 25 juni 1987, M en R 1998, nr. 2, m.nt. Gerritzen-Rode.

België:

- Grondwettelijk Hof 27 november 2002, nr. 169/2002, B6.6, RW 2003-04 93.

Hof van Justitie van de Europese Unie:

- Zaak C-188/89 A. Foster and Others v British Gas plc [1990] ECR I-3313

Europese Hof voor de Rechten van de Mens:

- Yershova v Russia EHRM 8 april 2010, para 55.
- Tatar v Romania EHRM, 27 januari 2009, 85-88, 113-16, AB 2009, 285 m. nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik
- Oesterreichischer Rundfunk v Austria EHRM 7 december 2006
- Fadeyeva v Russia EHRM 9 juni 2005, para 89.
- Hannover v Germany, EHRM24 juni 2004.
- Oneryildiz v Turkey EHRM 30 november 2004
- Taskin v Turkey EHRM 10 november 2004
- Radio France & Others v France EHRM 23 september 2003
- Hatton & Others v United Kingdom EHRM 7 augustus 2003
- Appleby & Others v United Kingdom EHRM 6 mei 2003
- Chassagnou, EHRM 29 april 1999, M en R 1999/9, nr. 71, m.nt. Verschuuren.
- Guerra & Others v Italy EHRM, 19 Februari 1998, M en R 1998, nr. 66, m.nt. Verschuuren.
- López Ostra, EHRM 9 december 1994, M en R 1995, nr. 82, m.nt. Kamminga.
- Powellen Rayner, EHRM 21 februari 1990, Series A, Vol. 172.

## 8. LITERATUUR

- D.K. Anton en D.L Shelton, Environmental Protection and Human Rights (Cambridge University Press, 2011).
- D. Augenstein, State Responsibilities to Regulate and Adjudicate Corporate Activities under the European Convention on Human Rights, Submission to the Special Representative of the United Nations Secretary- General (SRSG) on the issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises (2011).
- J.A. Hofman, J.W. Sap, I. Sewandono, Grondrechten in evenwicht, Deventer 1995, p. 216.
- K. Mertens, ‘Aansprakelijkheid van de overheid voor klimaatverandering. Kan het EVRM een uitweg bieden?’, in: N. Teesing (red.) Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering? (Boom Juridische Uitgevers, 2012)
- Nieuwenhuis, Grondrechten, de nationale, Europese en internationale dimensie (Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2013), hoofdstuk 20 – Het recht op milieubescherming
- D. Murswiek, Staatsziel Umweltschutz (Art. 20a GG), Neue Zeitschrift für Verwaltungs-recht, 1996, nr. 3
- S. T. Ramnewash-Oemrawsingh, The Human Right to a Viable Environment(Asser Press, 2010).
- J.M. Verschuuren, ‘The constitutional right to environmental protection’ in: U. Steinhaus (ed.), Yearbook of Human Rights & Environment, Vol. 2, BookWorld Publications, 2002, ISSN 1568-2420, p. 107-130.
- J.M. Verschuuren, De zorg van de overheid en het recht van de burger, Milieu en Recht 1994, nr. 3, p. 82-83.

## 9. HISTORISCHE VERSIES

Geen eerdere versies.

## NOTEN

1. Bij de vervaardiging van dit commentaar is gebruik gemaakt van de teksten (m.n. voor de paragrafen 1 t/m 4) van het commentaar op artikel 21 uit de derde druk van het artikelsgewijs commentaar op De Grondwet. Het commentaar uit de derde druk was van de hand van prof. J.M. Verschuuren
2. Kamerstukken II 1975/ 76 13872, nr. 3 en Kamerstukken II 1980/ 81 16905, nr. 3.
3. Art. 20a GG luidt: ‘Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftige Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.’
4. Kamerstukken II 1975/ 76, 13 872, nr. 3 (MvT); Kamerstukken II 1980/ 81, 16 905, nr. 3 (MvT). Zie eveneens A. Nieuwenhuis, Grondrechten, de nationale, Europese en internationale dimensie (Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2013), hoofdstuk 20 – Het recht op milieubescherming, p. 408.
5. D. Murswiek, Staatsziel Umweltschutz (Art. 20a GG), Neue Zeitschrift für Verwaltungs-recht, 1996, nr. 3, p. 222.
6. Kamerstukken II 1976/ 77, 13 873, nr. 3, p. 6.
7. K. Mertens, ‘Aansprakelijkheid van de overheid voor klimaatverandering. Kan het EVRM een uitweg bieden?’, in: N. Teesing (red.) Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering? (Boom Juridische Uitgevers, 2012), p. 65.
8. Grondwettelijk Hof 27 november 2002, nr. 169/ 2002, B6.6, RW 2003- 04 93.
9. Staatscommissie- Cals/ Donner Eindrapport (Nng 3, p. 227).
10. Kamerstukken II 1975/ 76, nr. 3, p. 31.
11. Kamerstukken II 1975/ 76, nr. 3, p. 31.
12. Alfred van Hall, Artikel 21 Grondwet, Het Waterschap 1996, nr. 9, p. 291.
13. Kamerstukken II 1975/ 76, 13 873, nr. 3, p. 13.
14. Kamerstukken II 2006/ 06, 30 900.
15. Raad van State, Advies W01.06.0536/ I. Het wetsvoorstel Halsema en Van Gent kan geplaatst worden in een lopende discussie over de rechtssubjectiviteit van dieren. Illustratief is de zaak die aanhangig is gemaakt door de NGO ‘The Nonhuman Rights Project bij een New Yorkse rechtbank om een chimpansee (Tommy) rechtspersoonlijkheid te verlenen en daardoor het recht op ‘fundamental right of bodily liberty’.
16. Vgl. J.M. Verschuuren, De zorg van de overheid en het recht van de burger, Milieu en Recht 1994, nr. 3, p. 82- 83.
17. Het initiatiefvoorstel tot wijziging van de Grondwet van Halsema strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter beoogt overigens niet toetsing van wetten aan artikel 21 Grondwet mogelijk te maken.
18. J.M. Verschuuren, De zorg van de overheid en het recht van de burger, Milieu en Recht 1994,

- nr. 3, p. 82- 83.
19. Zie bijv. p.13 van het Derde Nationaal Milieubeleidsplan, aangeboden aan de Tweede Kamer op 13 februari 1998, Kamerstukken II 1997/ 98, 25 887, nr. 1.
  20. Zie bijvoorbeeld ABRvS 27- 03- 2002, nr. 200003011/ 2, nr. 200103587/ 1.
  21. Hof 's- Gravenhage 25 juni 1987, M en R 1998, nr. 2, m.nt. Gerritzen- Rode; HR 14 april 1989, AB 1989, 486, m.nt. Kleijs- Wijn Nobel.
  22. Zie bijvoorbeeld HR 21 maart 2003 NJ2003, 691 (Waterpakt) waarin werd gepoogd de staat aansprakelijk te stellen voor het verzuim wetgeving tot stand te brengen en van de rechter een wetgevingsbevel te krijgen. In dit verband is de rechtszaak die de NGO Urgenda tegen de Staat heeft aangespannen wegens onrechtmatig handelen op het gebied van klimaatbeleid interessant. Eisers voeren hier eveneens schending van artikel 21 Grondwet aan. De dagvaarding is beschikbaar via: [http:// www.urgenda.nl/ documents/ DagvaardingKlimaatzaak19- 11- 13.pdf](http://www.urgenda.nl/documents/DagvaardingKlimaatzaak19-11-13.pdf).
  23. Kamerstukken II 1975/ 76 13872, nr. 3 en Kamerstukken II 1980/ 81 16905, nr. 3.
  24. ABRvS 27 maart 2002, nr. 200003011/ 2, nr. 200103587/ 1.
  25. Rb. Almelo 6 december 1995, NJ 1996, 723.
  26. Hof 's- Gravenhage 25 juni 1987, M en R 1998, nr. 2, m.nt. Gerritzen- Rode; HR 14 april 1989, AB 1989, 486, m.nt. Kleijs- Wijn Nobel. Zo ook: Pres. Rb. Rotterdam 16 augustus 1989, M en R 1989, nr. 75, m.nt. Gerritzen- Rode.
  27. Zie bijvoorbeeld ABRvS 13 november 2013, 201301168/ R1; ABRvS 19 september 2012, 201103950/ 1/ A4; Rechtbank Utrecht 30 november 2012, SBR 12/ 2311.
  28. Gerechtshof Amsterdam 25 oktober 2007, LJN BB6504.
  29. Artikel 37 is ondergebracht in Titel IV, 'Solidariteit'.
  30. Art. 4, tweede lid, onder e, VWEU.
  31. Zie Powell en Rayner, EHRM 21 februari 1990, Series A, Vol. 172. Powel en Rayer werden geconfronteerd met ernstige geluidhinder veroorzaakt door het vliegveld Heathrow, waardoor artikel 8 EVRM volgens de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens in het geding kwam. Het Hof oordeelde dat de Staat een zekere beoordelingsvrijheid toekomt en vond geen schending van art. 8 EVRM. Zie over het onderscheid positieve en negatieve rechten ook D.K. Anton en D.L Shelton, *Environmental Protection and Human Rights* (Cambridge University Press, 2011).
  32. Chassagnou, EHRM 29 april 1999, M en R 1999/ 9, nr. 71, m.nt. Verschuuren. In deze zaak oordeelde het Hof dat regelgeving die de jacht toestaat op het grondgebied van een burger die op ethische gronden een tegenstander van de jacht is, strijdig is met diens recht gegarandeerd door art. 1 Eerste Protocol.
  33. López Ostra, EHRM 9 december 1994, M en R 1995, nr. 82, m.nt. Kamminga. In deze zaak verzaakte het gemeentebestuur op te treden tegen ernstige milieuvervuiling door een leerlooierij in het Spaanse Lorca. Het Hof concludeert het Hof dat de autoriteiten een onzorgvuldige belangenafweging hebben uitgevoerd, waardoor een inbreuk werd gemaakt op art. 8 EVRM.
  34. Guerra, EHRM 19 februari 1998, M en R 1998, nr. 66, m.nt. Verschuuren. Het recht op privacy en gezinsleven van de omwonenden van een chemische fabriek was volgens het Hof geschonden nu de Italiaanse autoriteiten hen niet informeerden over de milieu- effecten van de fabriek en over de maatregelen die genomen zouden worden bij een ramp met de betreffende fabriek.
  35. Zie voor een uitgebreide analyse D. Augenstein, *State Responsibilities to Regulate and*

- Adjudicate Corporate Activities under the European Convention on Human Rights, Submission to the Special Representative of the United Nations Secretary- General (SRSG) on the issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises (2011).
36. Art. 1 EVRM verplicht slechts staten een ieder die ressorteert onder haar rechtsmacht de rechten en vrijheden die zijn vastgesteld in de Eerste Titel van het Verdrag te verzekeren. Art. 34 EVRM stelt dat het Hof verzoekschriften kan ontvangen van ieder natuurlijk persoon, iedere niet- gouvernementele organisatie of iedere groep personen die beweert slachtoffer te zijn van een schending door een van de Hoge Verdragsluitende Partijen van de rechten die in het Verdrag of de Protocollen daarbij zijn vervat (cursief van de auteur).
  37. In een zaak waarin het recht op privacy werd ingeroepen tegen een media- concern dat zich op haar beurt verdedigde met een beroep op de vrijheid van meningsuiting oordeelde het EHRM: ‘although [de pers] must not overstep certain bounds, in particular in respect of the reputation and rights of others, its duty is nevertheless to impart – in a manner consistent with its obligations and responsibilities – information and ideas on all matters of public interest.’ Von Hannover v Germany, EHRM 24 juni 2004, para 58.
  38. Rapport van de SRSG, Business and Human Rights: Further steps towards the operationalisation of the ‘protect, respect, and remedy’ framework, UN Doc A/ HRC/ 14/ 27 (9 april 2010), para 27.
  39. Fadeyeva v Russia EHRM 9 juni 2005, para 89.
  40. Ibid n. 11, para 95- 6.
  41. Yershova v Russia EHRM 8 april 2010, para 55.
  42. Radio France & Others v France EHRM 23 september 2003; Oesterreichischer Rundfunk v Austria EHRM 7 december 2006;
  43. ECJ, Zaak C- 188/ 89 A. Foster and Others v British Gas plc [1990] ECR I- 3313, at para 20
  44. Zie Hatton & Others v United Kingdom EHRM 7 augustus 2003, para 99:
  45. in cases involving State decisions affecting environmental issues, there are two aspects to the inquiry which may be carried out by the Court. First, the Court may assess the substantive merits of the government’s decision, to ensure that it is compatible with Article 8. Secondly, it may scrutinise the decision- making process to ensure that due weight has been accorded to the interests of the individual.
  46. N. 7 supra, para 58.
  47. Appleby & Others v United Kingdom EHRM 6 mei 2003, at para 40. Zie ook Lopez Ostra v Spain EHRM 9 december 1994, para 51; Fadeyeva v Russia EHRM 9 juni 2005, para 89;
  48. Oneryildiz v Turkey EHRM 30 november 2004, para 71, 89, 90.
  49. Tatar v Romania EHRM, 27 januari 2009, 85- 88, 113- 16, AB 2009, 285 m. nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.
  50. Hatton & Others v United Kingdom EHRM, 7 august 2003, 102.
  51. Zie Lopez Ostra v Spain EHRM 9 december 1994, para 16- 22; Guerra & Others v
  52. Italy EHRM, 19 februari 1998, para 25- 27; Taskin & Others v Turkey EHRM, 10 november
  53. 2004, para 117.
  54. Zie Tatar v Romania EHRM, 27 januari 2009, 113- 16, 121- 24; Guerra & Others v Italy EHRM, 19 Februari 1998, para 60; Oneryildiz v Turkey EHRM 30 november 2004, para 90.
  55. Taskin v Turkey EHRM 10 november 2004 para 118.
  56. Ibid, para 119.

## **CITEER SUGGESTIE**

F. Fleurke, Commentaar op artikel 21 van de grondwet. In: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2014 ([www.Nederlandrechtsstaat.nl](http://www.Nederlandrechtsstaat.nl)).